

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

IVAN LIBERO NOCERA

*Caparra confirmatoria: risoluzione e recesso
tra alternatività e mutatio libelli*

CEDAM

ne del dovuto: CARBONE, *Diritto al compenso professionale, contestazione del cliente e parere del consiglio dell'ordine*, in *Foro it.*, 1997, I, 2181; DE TILLA, *Liquidazione degli onorari: pluralità di difensori o di parti*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1032; RUPERTO, *Gli onorari di avvocato e di procuratore*, Giuffrè, 1994.

In ordine alla deontologia e responsabilità del difensore: GONNELLI, *Il codice della professione forense*, La Tribuna, 2003; GARELLO-PISELLI-SCUTO, *Le responsabilità dell'avvocato: profili civili, penali e disciplinari. Nuovo codice deontologico*, in *Il Sole 24*

Ore, 2004; GONNELLI, *Il codice della professione forense*, La Tribuna, 2003; LEGA, *Le libere professioni intellettuali: nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1974, 686 ss., cui adde ID., *In tema di pattuizione privata di onorari professionali in deroga alle tariffe*, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, 75; PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato, rischi risarcitori e strumenti di tutela*, Halley, 2008; RUPERTO, *Gli onorari di avvocato e procuratore*.

CRISTINA MARRAS

► CASS. CIV., II sez., 9.6.2008, n. 15198
Conferma App. L'Aquila, 29.12.2003

CONTRATTO IN GENERE - PRELIMINARE DI VENDITA - CAPARRA CONFIRMATORIA - DOMANDA DI RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO - NUOVA DOMANDA DI RECESSO EX ART. 1385, COMMA 2°, COD. CIV. - CUMULABILITÀ - ESCLUSIONE (cod. civ., art. 1385)

L'art. 1385 cod. civ. prevedendo, nei casi di contratti in cui sia stata consegnata una caparra confirmatoria ed a fronte dell'inadempimento dell'altra parte, l'alternatività dei rimedi del recesso e della risoluzione, ne esclude implicitamente la cumulabilità nello stesso giudizio, atteso che proprio questa evenienza, il cui accertamento è rimesso al giudice di merito, è stata esclusa dal giudicante, il quale ha rilevato che, avendo l'attore chiesto fin dall'atto di citazione che fosse riconosciuto il proprio diritto a trattenere la caparra ricevuta, la sua domanda diretta allo scioglimento del contratto andava qualificata come esercizio del diritto di recesso, nell'ambito della facoltà prevista dal comma 2° del citato art. 1385 cod. civ.

dal testo:

Il fatto. La s.a.s. Sover di De Sanctis Leo Antonio & C., premesso di avere stipulato in data

6.2.1993 un contratto preliminare per la vendita alla s.r.l. Programma di un fabbricato capannone di due piani sito nel Comune di San Giovanni Teatino e che la controparte, dopo avere pretestuosamente richiesto la variazione di destinazione d'uso dell'immobile da industriale a commerciale, aveva manifestato la propria volontà di non procedere all'acquisto e chiesto la restituzione della caparra versata, convenne la società Programma dinanzi ai tribunale di Pescara chiedendo che fosse dichiarato risolto il contratto preliminare per inadempimento della convenuta ed altresì dichiarato i) proprio diritto a trattenere la caparra, oltre la condanna al risarcimento dei danni.

Costituitasi in giudizio, la società Programma contestò la domanda, assumendo che la variazione di destinazione d'uso dell'immobile compromesso era prevista chiaramente, come condizione necessaria per l'acquisto, dal contratto preliminare, sicché, non avendo ad essa provveduto, era la controparte ad essere inadempiente; dichiarò pertanto di voler recedere dal preliminare e domandò la condanna della società Sover al pagamento del doppio della caparra versata.

Esaurita l'istruttoria, il tribunale dichiarò inammissibile, perché nuova, la domanda della attrice di recesso e di incameramento della caparra e, ritenuto l'inadempimento della promettente venditrice, condannò la società Sover al pagamento del doppio della caparra.

Interposto gravame, con sentenza del 29.12.2003 la Corte di appello dell'Aquila, in riforma integrale della decisione di primo gra-

do, dichiarò legittimo il recesso dal contratto effettuato dalla Sover, causa il rifiuto ingiustificato della controparte di stipulare il contratto definitivo, e, per l'effetto, il diritto della promettente venditrice a trattenere la caparra, rigettando ogni altra domanda. A fondamento di tale decisione, la Corte osservò che la domanda dell'attrice di recesso dal contratto e di incameramento della caparra, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale, non poteva considerarsi inammissibile, sia perché sostanzialmente contenuta già in atto di citazione, ove le richieste della parte erano dirette in via principale ad ottenere proprio il riconoscimento del diritto a trattenere la caparra, sia in quanto integrante un modifica della domanda comunque consentita dalla legge, tenuto conto che, in presenza di una caparra confirmatoria, la parte che abbia in un primo tempo richiesto la risoluzione ovvero l'adempimento conserva, nel corso del relativo giudizio, la facoltà di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 1385 c.c. Nel merito, la Corte ritenne invece che, non prevedendo affatto il contratto preliminare l'obbligo per la promettente venditrice di provvedere alla variazione di destinazione d'uso dell'immobile da industriale a commerciale, la pretesa della società Programma di ottenerla e, conseguentemente, il rifiuto della stessa di sottoscrivere, in ragione della sua mancanza, il contratto definitivo doveva considerarsi ingiustificato e costituiva grave inadempimento, tale da legittimare il recesso dal contratto della controparte ed il suo diritto a trattenere la caparra ricevuta.

Per la cassazione di questa decisione, con atto notificato il 2.3.2004, ricorre, sulla base di tre motivi, la società Programma.

Resiste con controricorso, cui ha fatto seguire una memoria, la s.a.s. Sover di De Sanctis Leo Antonio & C.

I motivi. Il primo motivo di ricorso denuncia «violazione e falsa applicazione degli artt. 1385, 1453 c.c., e art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 1, 3, 4 e 5».

La società ricorrente censura la sentenza impugnata per avere ritenuto ammissibile la domanda di recesso della controparte nonostante che essa, in atto di citazione, avesse chiaramente domandato la risoluzione del contratto, obli-

terando così il dato normativo dell'art. 1385 c.c., comma 2, che stabilisce l'alternatività del rimedio della risoluzione rispetto a quello del recesso. Si sostiene, inoltre, che, nel caso di specie, il giudice a quo ha applicato la regola giurisprudenziale che consente alla parte che ha domandato la risoluzione di chiedere successivamente il recesso e l'incameramento della caparra in modo del tutto erroneo, in quanto non ha tenuto conto del contenuto della domanda, e, in particolare, della circostanza che la controparte aveva richiesto sia la risoluzione del contratto che la declaratoria di legittimità della ritenzione della caparra, che il risarcimento dei danni, cumulando in tal modo inammissibilmente domande tra loro non conciliabili.

Il motivo è infondato.

Quanto alla prima censura, che di fatto critica la qualificazione della domanda compiuta dalla Corte territoriale, essa non ha pregio in quanto l'indagine volta ad interpretare e ad identificare l'oggetto della domanda costituisce attività riservata dalla legge al giudice di merito, censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione delle norme che attengono all'interpretazione degli atti (art. 1362 c.c. e segg., cui va riconosciuto, nei limiti della compatibilità, portata di regole interpretative generali: Cass. n. 28421 del 2005) ovvero sotto il profilo della motivazione (Cass. n. 14751 del 2007; Cass. n. 17947 del 2006), vizi entrambi che, nell'ambito del motivo, non sono stati autonomamente sviluppati.

Né la conclusione accolta dalla Corte territoriale può trovare di per sé smentita nel richiamo al disposto dell'art. 1385 c.c., laddove esso, prevedendo, nei casi di contratti in cui sia stata consegnata una caparra confirmatoria ed a fronte dell'inadempimento dell'altra parte, l'alternatività dei rimedi del recesso e della risoluzione, ne esclude implicitamente la cumulabilità nello stesso giudizio, atteso che proprio questa evenienza, il cui accertamento è rimesso – come detto – al giudice di merito, è stata esclusa dal giudicante, il quale ha rilevato che, avendo la società Sover chiesto fin dall'atto di citazione che fosse riconosciuto il proprio diritto a trattenere la caparra ricevuta, la sua domanda diretta allo scioglimento del contratto andava qualificata come esercizio del diritto di reces-

so, nell'ambito della facoltà prevista dal secondo comma del citato art. 1385 c.c.

La seconda doglianza, che lamenta l'erronea applicazione del principio che consente in questi casi alla parte non inadempiente di mutare la propria domanda di risoluzione in quella di recesso (Cass. n. 26232 del 2005; Cass. n. 849 del 2002), si dichiara invece assorbita, risultando superata dal rigetto della prima censura, vale a dire dalla conferma della statuizione impugnata che ha ritenuto che fin dall'inizio la parte attrice avesse avanzato richiesta di riconoscimento del proprio diritto di recedere dal contratto.

Il secondo motivo di ricorso denuncia «violazione e falsa applicazione dell'art. 1362 c.c. e segg., omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5», censurando la sentenza impugnata per avere ritenuto che la società Sover non avesse assunto in sede di contratto preliminare alcun obbligo di modificare la destinazione urbanistica dell'immobile da industriale a commerciale.

Ad avviso della ricorrente la Corte di appello è pervenuta a tale conclusione in forza di una errata interpretazione del testo contrattuale e mal valutando il comportamento delle parti. Sotto il primo profilo, si sostiene che il giudice a quo ha violato le norme in materia di interpretazione del contratto non considerando il tenore letterale degli artt. 4 e 5 del contratto preliminare, riprodotto in ricorso, che pure facevano riferimento alla «attività commerciale (non al dettaglio)» della futura acquirente ed a mezzo dei quali la venditrice garantiva espressamente la mancanza di prescrizioni particolari incompatibili con tale uso e si obbligava ad ottenere dal sindaco di San Giovanni Teatino «il certificato di abitabilità e di agibilità dell'immobile compatibile con la dichiarata destinazione della promissoria», argomentando che la suddetta previsione non avrebbe avuto ragione di essere apposta se, come ritenuto dai giudici di merito, le parti non avessero previsto alcun mutamento di destinazione dell'immobile. Sotto il profilo della valutazione del comportamento successivo dei contraenti, la società ricorrente critica l'utilizzazione da parte della sentenza gravata del documento rappresentato dalla scheda informativa inviata dalla società

Programma al Consorzio per l'area industriale in cui era inserito l'immobile compromesso, ove essa elenca le attività, in gran parte industriali, per le quali intende utilizzare il capannone e indica quale sola attività commerciale il rapporto con i propri agenti, escluso pertanto il commercio al dettaglio. Sostiene al riguardo la ricorrente che il termine «industriale» è impiegato dal giudice di merito in senso improprio e che da tale documento questi trae conclusioni del tutto illogiche.

Il ricorso critica quindi il fatto che il giudice di merito abbia cercato sostegno alle proprie conclusioni nella delibera del Consorzio che autorizzava il subentro della società acquirente in ragione della richiesta di quest'ultima attestante lo svolgimento di attività di natura industriale, senza considerare che dalla delibera stessa emergeva che la richiesta proveniva dalla Sover e non dalla Programma; che, inoltre, abbia ritenuto ininfluenti la circostanza che poi tale delibera era stata revocata in forza di una lettera successiva dell'1.10.1993 della stessa Programma che aveva manifestato l'intenzione di esercitarvi attività commerciale, lettera che, tuttavia, non è presente in atti; che non sia stato considerato attentamente il contenuto della delibera di revoca, motivata espressamente dalla circostanza che la società acquirente svolgeva attività «prettamente commerciale».

Il ricorso censura altresì l'affermazione della sentenza secondo cui la promettente venditrice si era obbligata non già ad ottenere il mutamento di destinazione dell'immobile, ma, più semplicemente, la possibilità che vi si potesse esercitare un'attività commerciale non al dettaglio connessa con l'attività industriale, giungendo quindi alla conclusione di ritenere tale obbligo adempiuto in ragione del certificato del Dirigente comunale incaricato per l'Area delle attività economiche e sociali che attestava la possibilità di esercitare in quella zona commercio all'ingrosso ed attività di servizi, travisando del tutto il contenuto di tale certificato, come risulta dalla successiva richiesta di chiarimenti inoltrata dalla stessa ricorrente al Comune e prodotta all'udienza del 19.11.2002.

Il ricorso prosegue lamentando che il giudice di secondo grado non abbia tenuto conto delle continue proroghe e dilazioni richieste dalla promettente venditrice al fine di ottenere

«il certificato di agibilità dell'immobile compatibile con la dichiarata destinazione della promissoria», dilazioni superflue se, secondo l'assunto della sentenza, la destinazione urbanistica dell'immobile era del tutto conforme a quella voluta dalla acquirente e prevista nel contratto. Colpevolmente ignorati sono altresì rimasti una serie di documenti dal cui tenore era facile evincere che la società attuale ricorrente non intendeva acquistare l'immobile per uso industriale. Tutte le censure contenute nel presente motivo sono infondate. All'esame delle doglianze che denunciano errori nella interpretazione dell'atto contrattuale intercorso tra le parti merita peraltro premettere che l'interpretazione dell'atto negoziale costituisce un accertamento di fatto che, come tale, è demandato in via esclusiva alla competenza del giudice di merito e che appare censurabile nel giudizio di cassazione soltanto sotto il profilo della violazione delle regole ermeneutiche e dell'obbligo di motivazione. È noto altresì che, in sede di legittimità, la denuncia della violazione delle regole in materia di ermeneutica contrattuale richiede la specifica indicazione dei canoni in concreto inosservati e del modo attraverso cui si è realizzata la violazione, mentre la denuncia del vizio di motivazione esige la puntualizzazione dell'obiettiva deficienza e contraddittorietà del ragionamento svolto dal giudice di merito e che, per sottrarsi a censura, quella data dal giudice non deve essere l'unica interpretazione possibile, o la migliore in astratto, ma una delle possibili, e plausibili, interpretazioni (Cass., 22.5.2006, n. 10131; Cass., 17.7.2003, n. 11193). Contrapporre a quella fornita dal giudice di merito una diversa ed opposta interpretazione del contratto si risolve in una mera richiesta nuova interpretazione, vale a dire di un nuovo accertamento di fatto, che non è ammessa dinanzi a questa Corte, che è giudice del diritto e non del fatto. Tanto precisato, deve convenirsi che le censure sollevate dalla ricorrente in ordine alla interpretazione del contratto fornita dalla Corte aquilana non colgono nel segno, in quanto le conclusioni che il giudicante trae proprio con riferimento al contenuto e significato delle clausole n. 4 e n. 5 del contratto preliminare appaiono conformi al loro contenuto letterale, né il ricorso pone in luce passaggi argomentativi che rivelino inconciliabilità

o contrasti tra la soluzione adottata dal giudice di merito e la corretta applicazione delle regole di interpretazione.

Con riferimento, in particolare, alla interpretazione cd. testuale, va dato atto che la sentenza de qua respinge l'assunto della convenuta circa la sussistenza di un obbligo della promittente venditrice di procurare il mutamento di destinazione d'uso dell'immobile compromesso richiamando proprio il testo del contratto, che prevedeva soltanto la possibilità di un uso del bene «per gli scopi commerciali, non ai dettagli, della società acquirente» e non anche l'esercizio in esclusiva di una attività commerciale, che sola avrebbe richiesto – secondo un accertamento di fatto congruamente motivato – la necessità del mutamento di destinazione d'uso, osservando che tali scopi erano del tutto compatibili con la destinazione attuale dell'immobile, inserito nell'ambito di un consorzio industriale. Si tratta in entrambi i casi di affermazioni conformi al contenuto del testo contrattuale, come riprodotto in sentenza e nel ricorso, che, è opportuno sottolineare, non prevedeva alcun obbligo espresso di mutamento di destinazione a carico della venditrice.

La soluzione interpretativa accolta dal giudice di merito trova poi un evidente sostegno argomentativo nella considerazione relativa al comportamento della promissaria acquirente immediatamente successivo alla conclusione del contratto e volto alla sua esecuzione, laddove viene dato atto che essa, nel compilare il questionario ed una lettera di precisazioni indirizzata al Consorzio industriale per ottenere il nulla osta al suo subentro, comunicava che era sua intenzione svolgere nell'opificio una serie di attività non commerciali, dettagliatamente elencate in questi documenti ed interamente riprodotte in sentenza. La critica sul punto svolta dal ricorso appare del tutto generica e non persuasiva. L'interpretazione di tali documenti accolta dalla Corte di merito, volta per l'appunto a dimostrare che la società acquirente non intendeva destinare l'immobile ad una attività commerciale in via esclusiva, che sola – si ripete – avrebbe richiesto il mutamento di destinazione d'uso, è infatti non solo rispondente a dati di fatto, ma anche giuridicamente corretta. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 1362 c.c., la considerazione del comportamento complessi-

vo delle parti contraenti, anche successivo al contratto, integra un canone interpretativo necessario ed indefettibile per determinare la comune intenzione delle parti manifestatasi nel testo contrattuale (Cass. n. 7083 del 2006).

Si osserva inoltre che la qualifica «industriale» impiegata dalla sentenza per definire le attività dichiarate dalla Programma negli atti di cui sopra è chiaramente intesa in senso opposto a «commerciale» e che comunque, la relativa censura non ha pregio non essendo in discussione che le attività definite come tali potessero essere regolarmente esercitate nell'immobile senza mutamento della sua destinazione.

Il ragionamento critico svolto dalla società ricorrente non merita di essere seguito nemmeno con riferimento all'asserzione secondo cui la previsione delle parti in ordine al mutamento di destinazione d'uso del bene era agevolmente desumibile dalla clausola in forza della quale la società Sover si obbligava ad ottenere dal sindaco di San Giovanni Teatino «il certificato di abitabilità e di agibilità dell'immobile compatibile con la dichiarata destinazione della promissoria».

Al riguardo il giudice di merito ha diversamente argomentato, osservando che tale obbligo andava riferito «alla concessione (poi intervenuta, come si è visto, con la Delib. 25 novembre 1993, n. 216) dell'autorizzazione al subentro della Programma s.r.l. da parte del Consorzio, ed al rilascio (poi intervenuto il 27 luglio 1993) del permesso di agibilità dell'opificio da parte del Comune di San Giovanni Teatino», escludendo, in tal modo, che da esso potesse ricavarsi una diversa interpretazione.

Il ragionamento così svolto dalla sentenza non è in contrasto con i canoni di interpretazione del contratto, che comunque impongono una valutazione complessiva e non già atomistica delle singole clausole (art. 1363 c.c.), né appare illogicamente o insufficientemente motivato. Il giudice di merito, nell'esercizio del suo potere di ricostruzione della fattispecie, ha fornito una giustificazione della soluzione raggiunta del tutto adeguata e logica, esplicitando in modo esauriente le ragioni della propria scelta interpretativa.

La diversa opzione caldeggiata dalla ricorrente non appare d'altra parte fondata su argo-

menti pregnanti ed esaustivi, tale da far ritenere giuridicamente errata ogni altra possibile soluzione. La stessa argomentazione a contrario sviluppata nel ricorso, secondo cui l'obbligo in questione non avrebbe avuto ragione di essere se non fosse stato pattuito il cambio di destinazione, costituisce del resto una ragione debole, potendo ad essa opporsi che, come risulta dal passo della sentenza sopra riportato, tale documentazione risulta essere stata effettivamente rilasciata e ciò, ovviamente, senza che fosse disposto il mutamento d'uso dell'immobile.

Parimenti non accoglibile è l'altro assunto secondo cui il giudice di secondo grado non avrebbe tenuto conto delle proroghe del termine per la stipula del contratto preliminare richieste dalla società Sover per ottenere il certificato di agibilità dell'immobile, dilazioni che sarebbero state superflue se la destinazione urbanistica del bene fosse stata già conforme a quella voluta dall'acquirente e prevista nel contratto. Anche su questo punto, infatti, la decisione gravata ha fornito una giustificazione che si ritiene adeguata, rappresentando che tali proroghe erano necessarie per il rilascio del nulla osta al subentro da parte del Consorzio e del certificato di agibilità dell'immobile.

Quanto alle altre censure sollevate con il motivo in esame, si osserva che la circostanza che la delibera del Consorzio che autorizzava il subentro della società Programma fosse stata revocata in ragione della attività commerciale da essa svolta è stata debitamente esaminata dalla Corte di merito, che non le ha attribuito alcun valore per il motivo che tale revoca era stata provocata da una successiva richiesta della stessa acquirente, che, come si legge in sentenza, «con una lettera-denuncia del 6 dicembre 1993 aveva informato l'ente della sua intenzione di esercitare nel capannone una attività esclusivamente commerciale». Il giudizio di irrilevanza sul punto appare, pertanto, adeguatamente e logicamente motivato.

La doglianza in merito alla valutazione data dal giudice a quo del certificato con cui il Dirigente comunale dell'Area per le Attività economiche e sociali attestava la possibilità di esercitare nella zona il commercio all'ingrosso ed attività di servizi appare a sua volta, oltre che inammissibile, infondata. Inammissibile per difetto di rilevanza, in quanto dalla lettura della

sentenza emerge che l'accertamento in ordine alla facoltà di esercitare nell'immobile un'attività commerciale non esclusiva ma connessa ad attività industriale risulta fondato dal giudice di merito soprattutto sulla Delib. Consortile n. 216 del 1993, che consentiva alla società Programma il subentro nel consorzio, atto il cui contenuto non è oggetto di contestazione. Infondata nel merito perché la sentenza giunge alla conclusione criticata richiamando il conforme testo del certificato, che riproduce tra virgolette.

Il terzo motivo di ricorso denuncia «violazione e falsa applicazione degli artt. 1453, 1385 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, omessa e contraddittoria motivazione su punto decisivo», censurando la sentenza impugnata per avere ritenuto che il termine stabilito dal contratto preliminare per il rilascio del certificato di agibilità e quindi per la stipula del definitivo, pure ripetutamente violato dalla controparte, non era un termine essenziale e per avere quindi affermato che la società Sover non poteva considerarsi inadempiente, senza considerare che tale certificato non era mai stato dalla stessa ottenuto. Sostiene inoltre la ricorrente che, in punto di valutazione del comportamento della promittente venditrice, la decisione impugnata ha colpevolmente omesso di esaminare la lettera del 4.8.1993 con cui la società Programma inviava alla controparte una vera e propria diffida ad adempiere e che essa ha infine trascurato di valutare che il nulla osta del Consorzio era intervenuto soltanto il 30.11.1993, mentre il contratto definitivo avrebbe dovuto essere sottoscritto «entro e non oltre il 31 luglio 1993», che tale nulla osta era stato poi revocato e che comunque esso integrava un adempimento tardivo, essendo intervenuto allorquando era scaduto inutilmente il termine della diffida e la società ricorrente aveva già manifestato la propria volontà di recesso.

Anche questo motivo è infondato.

In merito al giudizio sulla non essenzialità del termine stabilito dalle parti per la stipula del contratto definitivo, la sentenza impugnata appare pienamente conforme all'indirizzo costante di questa Corte, che ha più volte affermato che il termine per l'adempimento può essere ritenuto essenziale, ai sensi e per gli effetti

dell'art. 1457 c.c., solo quando, all'esito di indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, da condursi alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura, e dell'oggetto del contratto, risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine e che tale volontà non può desumersi solo dall'uso dell'espressione «entro e non oltre» quando non risulti dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti che queste hanno inteso considerare perduta l'utilità prefissasi nel caso di conclusione del negozio stesso oltre la data considerata (Cass. n. 3645 del 2007; Cass. n. 5797 del 2005). Tanto più che, nel caso di specie, la richiesta e concessione di proroghe attestavano, per l'appunto, la non essenzialità del termine di adempimento previsto nel contratto preliminare.

Ne discende, altresì, con riferimento all'altra censura, l'esattezza dell'affermazione del giudice di merito in ordine alla irrilevanza del ritardo con cui la società Sover aveva ottenuto la documentazione che il contratto poneva a suo carico, atteso che il rapporto contrattuale non era stato ancora sciolto.

Quanto alla lettera di diffida del 4.8.1993, mette conto precisare che, non essendo tale documento menzionato nella sentenza impugnata, la ricorrente, che ne lamenta l'omessa considerazione, avrebbe dovuto, in osservanza del principio di autosufficienza del ricorso, indicare il momento della sua produzione in giudizio, al fine di dar conto della sua regolare allegazione agli atti della causa (Cass. n. 20594 del 2007; Cass. n. 12239 del 2007).

In ogni caso la censura è infondata, atteso che tale missiva, che è riprodotta nel ricorso, non appare integrare una diffida ad adempiere, secondo lo schema tipico di tale atto delineato dall'art. 1454 c.c., dal momento che se essa contiene un invito alla controparte di provvedere tempestivamente all'adempimento, omette del tutto di manifestare la volontà di considerare, in mancanza, il contratto senz'altro risolto. (*Omissis*)

[LUCCIOLI *Presidente* – BERTUZZI *Estensore* – LO VOI *P.M.* (concl. conf.) – s.a.s. Sover (avv. Smirollo) – Programma s.r.l. (avv. Di Biase)]

Nota di commento: «Caparra confirmatoria: risoluzione e recesso tra alternatività e mutatio libelli»

I. Il caso

La società Alfa s.a.s. stipula con la società Beta s.r.l. un contratto preliminare avente ad oggetto la vendita di un fabbricato capannone, versando una caparra confirmatoria. Successivamente la promissaria venditrice, reputando inadempiente la controparte, la quale dopo aver richiesto la variazione di destinazione d'uso dell'immobile aveva comunicato la volontà di recedere e richiesto la restituzione della caparra depositata, domanda la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento e il risarcimento dei danni, con il conseguente diritto a ritenere la caparra a suo tempo versata. La società Beta, promissaria acquirente, eccepisce l'inadempimento della controparte, la quale non aveva provveduto alla variazione di destinazione, a suo dire prevista dal preliminare, domandando il recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e la contestuale restituzione del doppio della caparra.

La sentenza di primo grado – che, rigettando la domanda di Alfa in quanto nuova, aveva ritenuto questa inadempiente condannandola al pagamento della doppia caparra – veniva riformata dalla Corte di Appello, la quale accoglie la domanda di recesso avanzata dalla promissaria venditrice «*in quanto integrante una modifica della domanda comunque consentita dalla legge, tenuto conto che, in presenza di una caparra confirmatoria, la parte che abbia in un primo tempo richiesto la risoluzione ovvero l'adempimento conserva, nel corso del relativo giudizio, la facoltà di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 1385 c.c.*».

La Supr. Corte, con la pronuncia in commento, accerta l'inadempimento della parte convenuta, la quale, secondo l'interpretazione del testo contrattuale, non poteva vantare alcun diritto alla modifica della destinazione urbanistica dell'immobile ad opera della promissaria venditrice, considerando inoltre non essenziale il termine stabilito dal preliminare per la conclusione del contratto definitivo. Avalla dunque la soluzione adottata in secondo grado e conferma la condanna di Beta alla restituzione della caparra ricevuta. La Corte perviene a tale conclusione in base alla lettera dell'art. 1385 cod. civ., la quale prevede l'alternatività dei rimedi della risoluzione e del recesso, qualificando come esercizio di tale ultima facoltà la domanda della parte attrice.

II. Le questioni

1. NATURA E FUNZIONE COMPOSITA DELLA CAPARRA CONFIRMATORIA. Ancorché in tale sentenza

la Supr. Corte si concentri maggiormente nell'esame dell'ermeneutica contrattuale, offre tuttavia un apprezzabile spunto per effettuare delle considerazioni in merito agli elementi e alla funzione caratterizzanti la caparra confirmatoria, in modo da poter meglio soffermarsi nell'analisi della questione del coordinamento dei rimedi previsti in caso di inadempimento, su cui la pronuncia in oggetto si intrattiene.

Inserito tra le norme che disciplinano gli effetti del contratto, l'art. 1385 cod. civ. regola in maniera alquanto laconica l'istituto *de quo* stabilendo che le parti possono prevedere che al momento del perfezionamento di un contratto, un contraente (c.d. *tradens*) consegni all'altro (c.d. *accipiens*) una somma di denaro o una quantità di altre cose fungibili a titolo di caparra, la quale, in caso di adempimento, dovrà essere restituita o imputata alla prestazione dovuta. Essa assume dunque i caratteri di un negozio a titolo oneroso accessorio rispetto ad uno principale determinando un collegamento genetico unilaterale per cui l'invalidità o l'inefficacia del contratto principale si riverbera sulla medesima caparra confirmatoria.

Sebbene parrebbe appartenere al *genus* della categoria degli atti giuridici a carattere reale, la necessità di un espresso accordo tra le parti, il quale deve proiettarsi oltre la mera consegna, comprendendo anche che la cosa sia accettata a titolo di caparra, farebbe propendere per una natura negoziale della *figura iuris* in oggetto. Siffatta configurazione sembra dedursi dalla lettera della disposizione laddove al momento della consegna la dazione della *res* determina l'effetto traslativo da parte di chi li riceve; l'acquisto di proprietà avverrà tuttavia *sub condizione* sottostando alle vicende del contratto principale, con l'eventuale facoltà della parte non inadempiente di recedere dal negozio principale, ritenendo la caparra o esigendone il *duplum*, salvo domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto.

La conformazione dei rimedi previsti risulta tuttavia eccezionale rispetto alle ordinarie previsioni. Il recesso ai sensi dell'art. 1385 cod. civ., fondato sul requisito dell'inadempimento della controparte, differisce infatti da quello previsto dall'art. 1373 cod. civ. laddove la parte può operare una mera valutazione di opportunità con l'unico vincolo della buona fede, anche in assenza di inadempimento. Ecco perché, secondo l'orientamento prevalente (BAVETTA; DE NOVA, *infra*, sez. IV), questa ipotesi di recesso sarebbe una peculiare fattispecie di risoluzione di diritto, analoga a quelle previste dagli artt. 1454, 1456 e 1457 cod. civ. Il rimedio risolutivo inoltre si rivelerebbe peculiare in quanto l'inadempimento non sarebbe predeterminato, come nella clausola risolutiva espressa, e lo scioglimento del contratto avrebbe come presupposto la sola dichiarazione del-

l'interessato nei confronti della parte inadempiente. Tuttavia, come affermato dal comma 3° dell'art. 1385 cod. civ., alla parte *in bonis* non è precluso l'accesso ai mezzi di tutela risolutiva costitutiva o di diritto, ai sensi degli artt. 1453 ss. cod. civ., oppure soddisfattoria dell'azione di esatto adempimento, secondo l'art. 1453 cod. civ.

Se si osservano dunque gli effetti dell'istituto, ladove in caso di inadempimento vi è la possibilità per il contraente *in bonis* di recedere e in aggiunta ritenere la caparra o esigerne il doppio, appare un conflitto sia con l'art. 1372 cod. civ., che afferma la forza di legge del contratto tra le parti, sia con il principio dell'eccezionalità del recesso, che nella fattispecie sarebbe di natura legale, giacché rinviene la sua giustificazione nell'inadempienza dell'altra parte.

Rilevante per la tematica in analisi è l'individuazione della finalità della caparra confirmatoria in merito alla quale non si riscontrano posizioni univoche. Essa assumerebbe secondo alcuni funzione probatoria dell'esistenza del contratto principale (TRIMARCHI, *infra*, sez. IV), secondo altri invece equivarrebbe ad una parziale esecuzione del contratto anticipata (BARBERO, *infra*, sez. IV), per altri ancora costituirebbe un risarcimento del danno convenzionale e anticipato in caso di inadempimento contrattuale (BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè, 1955). Un ulteriore orientamento, accostando la funzione della caparra confirmatoria a quella della clausola penale, raffigura la caparra come un patto sanzionatorio per mezzo del quale i contraenti predeterminano appunto una sanzione a carattere non risarcitorio in ipotesi di inadempimento delle obbligazioni sorte dal contratto (MARINI, *infra*, sez. IV). Ad avviso di chi scrive la caparra confirmatoria assume, come recentemente affermato dalla Cassazione, natura composita e funzione eclettica essendo, in primo luogo, diretta a realizzare lo scopo pratico di consolidare il vincolo contrattuale garantendo l'esecuzione della prestazione oggetto del contratto principale, giacché in caso di inadempimento della controparte sarebbe incamerata dal contraente non colpevole. Accorda inoltre la facoltà in capo all'*accipiens* di recedere dal contratto in via di autotutela, con la possibilità di soddisfarsi direttamente su quanto ricevuto, senza necessità di adire il giudice. Infine, indica la preventiva e forfetaria liquidazione del danno derivante dal recesso cui la parte è stata costretta a causa dell'inadempimento della controparte. Le parti, infatti, fissano in anticipo e convenzionalmente l'entità del danno, senza bisogno di darne successivamente prova, riservandosi sempre la facoltà di domandare il danno ulteriore secondo le regole generali.

Si dubita invece che abbia anche funzione proba-

toria e sanzionatoria, differenziandosi quindi dalla clausola penale, contrariamente alla quale non stabilisce un limite al danno risarcibile, pertanto la parte non inadempiente potrà recedere senza dover proporre domanda giudiziale o intimare la diffida ad adempiere, e trattenere la caparra ricevuta o esigere il doppio di quella prestata senza dover dimostrare di aver patito un danno effettivo. Allo stesso modo si distingue dalla caparra penitenziale, che rappresenta il corrispettivo del diritto di recesso (in proposito valga richiamare Cass., 14.3.1988, n. 2435, e Cass., 13.11.1982, n. 6047, *infra*, sez. III). Un'altra via possibile è – come appunto avvenuto nel caso *de quo* – non esercitare il recesso e chiedere la risoluzione del contratto e l'integrale risarcimento del danno sofferto in base alle regole generali, e cioè rispettivamente un inadempimento imputabile di non scarsa importanza, e un pregiudizio provato nell'*an* e nel *quantum*: la caparra in tal caso conserverebbe dunque solo la funzione di garanzia dell'obbligazione risarcitoria (sul punto si vedano Cass., 23.8.2007, n. 17923; Cass., 20.9.2004, n. 18850; Cass., 29.1.2003, n. 1301, *infra*, sez. III; Cass., 17.11.1999, n. 12768, in *Mass. Foro it.*, 1999). Conseguentemente qualora venga accertato l'inadempimento di una parte, e dichiarata la risoluzione del contratto con la derivante cessazione del vincolo contrattuale, la parte, non colpevole, non può ritenere la somma percepita a titolo di caparra confirmatoria.

In relazione ai limiti temporali la Supr. Corte ha avuto occasione di precisare che la caparra confirmatoria può essere costituita anche dopo il perfezionamento del contratto e successivamente al versamento del relativo importo, a condizione che l'obbligazione non sia scaduta (così Cass., 13.2.2006, n. 3071, *infra*, sez. III). Essa mantiene inoltre la sua funzione di garanzia sino alla conclusione del procedimento per la liquidazione dei danni derivanti dall'avvenuta risoluzione del contratto cui si riferisce, cosicché la richiesta di restituzione non può trovare giustificazione sino a che non sia definito tale procedimento (in merito, si veda Cass., 12.4.2006, n. 8616, *infra*, sez. III).

2. RAPPORTI TRA RIMEDI PREVISTI IN CASO DI INADEMPIMENTO: RITENZIONE DELLA CAPARRA E RISARCIMENTO DEL DANNO. La sentenza in commento, come la maggior parte dei contenziosi riguardanti la caparra confirmatoria, ha ad oggetto il rapporto che intercorre tra i rimedi posti a disposizione della parte *in bonis* a fronte dell'inadempimento dell'altra parte, vale a dire il recesso ovvero la domanda di esecuzione o di risoluzione del contratto, fonte di numerosi dubbi.

La scelta del rimedio o dei rimedi, e dunque il loro coordinamento, non è scevra di conseguenze

giacché, come detto, ai sensi del comma 2° dell'art. 1385 cod. civ., nel caso in cui la parte non inadempiente scelga di esercitare la facoltà di recedere, tratterà la caparra o, qualora sia stata prestata, ne riceverà in restituzione il *duplum* con la conseguenza, in entrambe le opzioni, di estinguere tutti gli effetti del contratto e dell'inadempimento, inclusa la rinuncia alla possibilità di chiedere un eventuale pregiudizio ulteriore. Qualora invece si domandi l'esecuzione coattiva del contratto ovvero la risoluzione giudiziale, come previsto dal comma 3° dello stesso articolo, si avrà sempre la facoltà, con i conseguenti oneri, di provare il maggior danno, in quanto la caparra cesserebbe di assumere la funzione di risarcimento anticipato e convenzionalmente determinato del danno.

Come denuncia il motivo di ricorso in analisi, il dilemma che sovente affligge la giurisprudenza concerne l'alternatività o la complementarietà tra rimedi specifici e generali non essendo esplicito se la caparra sia ottenibile solamente una volta richiesto il recesso e se una volta domandato il risarcimento del pregiudizio ulteriore, la parte *in bonis* possa circoscrivere la domanda ai limiti della caparra, senza dover provare il danno subito.

La questione in oggetto non è di nuovo conio, giacché già nella vigenza del codice civile del 1865 era stata fonte di contrasti dottrinari, laddove l'art. 1217 cod. civ. del 1865 prevedeva esclusivamente l'alternativa fra la richiesta di esecuzione del contratto e la diretta ritenzione della caparra, la quale, secondo certa dottrina, inibiva la richiesta di un danno maggiore considerandosi «come una cautela per il risarcimento dei danni» (si veda in proposito CARNELUTTI, *infra*, sez. IV). Il codice del 1942 tentando di dirimere il problema ha aggiunto il rimedio della risoluzione del contratto, con conseguente risarcimento del danno.

Osservando la struttura della fattispecie e la lettera della norma, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria hanno dedotto che il recesso, con il conseguente incameramento della caparra, si presenti in posizione alternativa rispetto all'esecuzione del contratto o alla risoluzione del contratto principale, e dunque al risarcimento. Corollario di tale impostazione è il pericolo, in capo al contraente non colpevole che ha domandato la risoluzione e il risarcimento del danno, di ricevere un ristoro inferiore rispetto al valore della caparra, qualora non ottemperi all'onere di provare l'*an* e il *quantum* del risarcimento. Infatti, il comma 2° dell'art. 1385 cod. civ. menziona il solo recesso dal contratto a differenza del comma 3°, il quale prevede che se la parte non inadempiente preferisce domandare l'adempimento o la risoluzione, il risarcimento è disciplinato dalle norme generali. In tale ipotesi quindi risulterà necessario pro-

vare l'esatto ammontare del danno non solo oltre al valore della caparra, ma anche entro tale limite.

È opportuno verificare gli effetti che siffatta interpretazione comporta in relazione alle domande proposte dalla parte *in bonis*. Qualora si sia già verificata la risoluzione di diritto alla parte non inadempiente sarebbe negata la facoltà di recedere e potrebbe ottenere il risarcimento danni solo provando i pregiudizi subiti. Ragionando *a fortiori*, nel caso in cui essa abbia esercitato l'azione di accertamento giudiziale dell'avvenuta risoluzione, il contraente non colpevole non sarebbe più legittimato a mutare le proprie allegazioni. Il medesimo effetto si verificherebbe nell'ipotesi in cui sia stata domandata la risoluzione giudiziale e contestualmente il danno per il suo esatto ammontare laddove l'attore sarebbe inibito nel modificare la propria domanda azionando i rimedi consentiti dall'art. 1385 cod. civ., essendogli oramai preclusa l'esenzione dalla dimostrazione dell'entità del pregiudizio subito. Allo stesso modo esercitando il rimedio speciale del recesso la parte perde la legittimazione a richiedere il danno ulteriore.

Tale impostazione maggioritaria è supportata da argomenti di natura sistematica, funzionale e logico-sostanziale. Se si pone l'attenzione sul confronto con la clausola penale di cui all'art. 1384 cod. civ., si nota infatti come il difetto del potere di riduzione *ex officio* dell'ammontare della caparra confirmatoria deponga a favore della tesi dell'alternatività dei rimedi. Sotto l'aspetto funzionale inoltre, nel caso in cui si adotti l'interpretazione che individua la funzione della caparra nella garanzia della soluzione della controversia evitando il ricorso al giudice o, in ogni caso, risolvendo in anticipo ogni questione sulla *quantum* del danno, appare manifesta la discrasia con tale finalità l'azione del contraente *in bonis*, diretta a contrastare la liquidazione convenzionale ed ad instaurare un contenzioso giudiziale. Considerando infine il piano logico-sostanziale si evidenzia come, analogamente alle fattispecie di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 cod. civ., il ricorso al recesso tardivo si ponga in netta contraddizione con la risoluzione giacché si tratterebbe di atto finalizzato a far venire meno gli effetti di un contratto già sciolto, per cui sarebbe inibito da prima della proposizione della domanda giudiziale il mutamento delle modalità di scioglimento del contratto, ormai realizzatosi, e la parte non inadempiente sarebbe onorata della prova del pregiudizio.

Si riscontra tuttavia un orientamento minoritario che, rendendo indipendente la tutela risarcitoria dagli strumenti risolutivi, sostiene la possibilità per la parte non colpevole di preferire il rimedio ritenuto maggiormente vantaggioso, affermando la complementarietà e dunque la cumulabilità tra rimedi speci-

fici e rimedi generali. Conseguentemente la risoluzione del contratto e il diritto a ritenere la caparra si rivelano compatibili, con o senza la richiesta di risarcimento del danno. Del resto lo stesso art. 1453 cod. civ., al comma 1°, stabilisce la facoltà del creditore di domandare la risoluzione o l'adempimento, salvo in ogni caso il risarcimento del danno che si afferma quindi come tutela non necessariamente subordinata a quella risolutoria. Inoltre la stessa Corte di Cassazione in una nota sentenza a sez. un. (Cass., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, *infra*, sez. III) ha reso omogeneo il regime probatorio dei tre mezzi di tutela equiparando, pur nella diversità delle obiettivi, le varie azioni in quanto tutelano il medesimo diritto sostanziale all'adempimento.

È superfluo dunque precisare che l'incameramento della caparra sarebbe invece chiaramente incompatibile con l'efficacia del contratto e la pretesa di esatto adempimento, ma non con la richiesta di risoluzione. Il contraente che si è infatti avvalso del rimedio della risoluzione di diritto potrebbe in ogni caso usufruire del rimedio risarcitorio probatoriamente facilitato seppur limitato nella quantificazione. Come sostiene, infatti, la Supr. Corte in una precedente pronuncia *«deve ritenersi che pur quando la parte non inadempiente si sia avvalsa del meccanismo giuridico di risoluzione di diritto del contratto, alla parte stessa non sia precluso di richiedere giudizialmente il risarcimento del danno, piuttosto che secondo la previsione generale dell'art. 1453 c.c., avvalendosi invece della pattuizione di caparra confirmatoria, utilizzando questa nella sua funzione di preventiva liquidazione del danno cui la caparra assolve»* (Cass., 11.1.2001, n. 319, *infra*, sez. III). Conseguentemente il contraente che ha esperito l'azione di risoluzione, domandando contestualmente il risarcimento di un pregiudizio superiore al valore della caparra, è legittimato a limitare la propria richiesta risarcitoria in corso di causa, senza necessità di mutare la domanda originaria.

Tale orientamento, che ha avuto fortuna solamente presso alcune pronunce di merito, trae alimento dalla considerazione sanzionatoria della caparra confirmatoria, la quale liquidando forfettariamente il danno tutelerebbe la parte non inadempiente, esonerata dall'onere probatorio. Ulteriore sostegno a siffatta tesi proviene dal confronto tra la disciplina ai sensi dell'art. 1385 cod. civ. e le previsioni di cui agli artt. 1224 e 1591 cod. civ., rispettivamente in tema di obbligazioni pecuniarie e locazione laddove il ricorso al rimedio risarcitorio è consentito limitatamente al danno ulteriore.

3. DOMANDA DI RISOLUZIONE E DIRITTO DI RECESSO: QUALE COORDINAMENTO SUL PIANO PROCESSUALE? Vale ora concentrarsi maggiormente sul-

la questione esaminata dalla sentenza in nota laddove la Supr. Corte si pronuncia in merito alla sostituibilità o meno della domanda di risoluzione, originariamente azionata, con quella di recesso.

In proposito, pur essendo individuabile un indirizzo prevalente, si rende opportuno dare conto dei molteplici orientamenti espressi in seno alla stessa Corte di Cassazione.

Una prima tesi applica estensivamente il comma 2° dell'art. 1385 cod. civ., che stabilisce la facoltà di recedere dal contratto trattenendo la caparra o, se l'ha consegnata, esigendone il doppio, applicando la stessa disciplina del diritto di recesso alla risoluzione di diritto. Tale orientamento si fonda, oltre che sulla medesima identità della natura dichiarativa delle pronunce di accertamento, sull'assunto che vuole il comma 3° dell'articolo in questione concernere unicamente la risoluzione giudiziale, riconducendo dunque l'ipotesi di risoluzione di diritto al secondo capoverso. Se si assume siffatta impostazione allora non appare arduo ammettere la richiesta di ritenzione della caparra da parte del contraente *in bonis* che ha domandato l'accertamento della risoluzione di diritto del contratto.

Un secondo indirizzo si spinge fino a riconoscere l'ammissibilità dell'esercizio del diritto di recesso per la prima volta in grado di appello con conseguente domanda di ritenzione della caparra, dopo che era già intervenuta la risoluzione di diritto del contratto, muovendo dall'esigenza di preservare la posizione del contraente non colpevole, altrimenti pregiudicata per il solo fatto di aver chiesto giudizialmente la risoluzione. La *mutatio libelli* è permessa in quanto si sostiene che la modificazione della linea difensiva rappresenti solo esercizio di una perdurante facoltà rispetto alla domanda di adempimento, ed una istanza più ridotta rispetto alla domanda di risoluzione, senza introduzione di nuova domanda ai sensi dell'art. 345 cod. proc. civ. È questo l'orientamento adottato dalla Corte di Appello del caso in questione, laddove ha sostenuto che *«la domanda dell'attrice di recesso dal contratto e di incameramento della caparra, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale, non poteva considerarsi inammissibile, sia perché sostanzialmente contenuta già in atto di citazione, ove le richieste della parte erano dirette in via principale ad ottenere proprio il riconoscimento del diritto a trattenere la caparra, sia in quanto integrante un modifica della domanda comunque consentita dalla legge, tenuto conto che, in presenza di una caparra confirmatoria, la parte che abbia in un primo tempo richiesto la risoluzione ovvero l'adempimento conserva, nel corso del relativo giudizio, la facoltà di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 1385 c.c.»*.

L'orientamento maggioritario contesta la tesi ap-

pena descritta sostenendo che la parte non inadempiente che abbia chiesto la risoluzione del contratto e la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1453 cod. civ. non può, in sostituzione di dette pretese, chiedere in appello il recesso dal contratto a norma dell'art. 1385, comma 2°, cod. civ., essendo tale istanza preclusa dalla risoluzione del contratto già avvenuta di diritto con la proposizione della domanda di risoluzione, nonostante la natura dichiarativa della sentenza.

Nella pronuncia in esame la Supr. Corte pare non avventurarsi nella disputa, arrestando a monte ogni dubbio con la qualificazione della domanda come esercizio del diritto di recesso, sebbene nella enunciazione del fatto si affermi che la parte attrice avesse chiesto che «fosse dichiarato risolto il contratto preliminare per inadempimento della convenuta ed altresì dichiarato il proprio diritto a trattenere la caparra, oltre la condanna al risarcimento dei danni».

La motivazione si presta tuttavia ad alcune osservazioni in quanto pare emergere una contraddizione. Se, infatti, da una parte la Corte conferma la decisione operata in sede di gravame favorevole alla *mutatio libelli*, dall'altra esclude decisamente la compatibilità tra il diritto di recesso e la risoluzione del contratto laddove afferma che l'art. 1385 cod. civ., stabilisce «nei casi di contratti in cui sia stata consegnata una caparra confirmatoria ed a fronte dell'inadempimento dell'altra parte, l'alternatività dei rimedi del recesso e della risoluzione (e) ne esclude implicitamente la cumulabilità nello stesso giudizio».

Dall'analisi effettuata sulla disciplina della caparra confirmatoria emerge che il comma 2° dell'art. 1385 cod. civ., richiamato dalla pronuncia, regola l'ipotesi in cui il contraente non inadempiente, avvalendosi della funzione tipica della caparra, ovvero una preventiva e convenzionale liquidazione del danno per inadempimento, intende, con una dichiarazione risolutiva, determinare *ope legis* l'estinzione di tutti gli effetti giuridici sia del contratto sia dell'inadempimento di esso. Laddove invece esso preferisca ottenere il risarcimento integrale del danno secondo i principi generali, anziché nella misura concordemente e preventivamente quantificata, è legittimato ad esercitare l'azione di risoluzione per grave inadempimento della controparte, come previsto dal comma 3° dello stesso articolo.

Come visto, al di là della qualificazione della domanda da parte del giudice, la parte attrice ha invece chiesto nell'atto di citazione sia la risoluzione per inadempimento, sia il diritto a ritenere la caparra, sia in ultimo il ristoro del pregiudizio subito. In una frenesia rimediale ha quindi amalgamato la divisione recesso – diritto di ritenzione della caparra e risoluzione – risarcimento danni, non considerando che il diritto di recedere dal contratto e di trattenere

la caparra ricevuta (ovvero di pretendere il doppio della caparra versata) in caso di inadempimento della controparte costituisce l'effetto proprio della clausola con cui le parti hanno convenuto la dazione di una somma di denaro quale caparra confirmatoria, esprimendo per tale via la volontà di applicare al negozio la disciplina propria di tale istituto.

Si è rilevato che l'esenzione dalla prova del pregiudizio rappresenti una prerogativa del contraente *in bonis*, motivata dalla certezza dell'altra parte di evitare ulteriori richieste risarcitorie in un contenzioso. Di conseguenza la richiesta di risarcimento danni si rivela incompatibile con la domanda di ritenzione della caparra, giacché la parte non inadempiente godrebbe di un ingiustificato *favor* nel poter chiedere di provare in giudizio il maggior danno e, nel caso in cui si accorgesse di ostacoli probatori, poter esercitare una sorta di *ius poenitendi*, recedendo con la ritenzione della caparra. È opportuno inoltre precisare che l'ipotesi in cui si agisse in recesso dopo aver invocato la risoluzione per mezzo di sentenza costitutiva non integrerebbe il principio *iura novit curia*, in quanto in tale fattispecie non si tratterebbe di mera indicazione di una differente disposizione di legge da applicare agli stessi fatti allegati costituendo invece una nuova domanda con un differente *petitum* immediato: dapprima una sentenza costitutiva, poi una sentenza di accertamento del recesso.

In conclusione, si osserva che la Supr. Corte, trincerandosi dietro la riserva al giudice dell'indagine diretta a interpretare e identificare l'oggetto della domanda, evita di addentrarsi nella questione relativa alla *mutatio libelli*, limitandosi ad affermare stringatamente l'alternatività tra i rimedi della risoluzione e del recesso.

III. I precedenti

1. NATURA E FUNZIONE COMPOSITA DELLA CAPARRA CONFIRMATORIA. Recentemente la Supr. Corte ha affermato la natura composita e funzione eclettica della caparra in Cass., 11.3.2008, n. 6463, in *Dir. e giust.*, 2008. In relazione alle varie tesi quella secondo la quale la caparra confirmatoria ha funzione di preventiva liquidazione del danno è sostenuta *ex multis* da Cass., 20.9.2004, n. 18850, in *Mass. Giust. civ.*, 2004; Cass., 4.3.2004, n. 4411, in *Contratti*, 2004, con nota di SCARDIGNO. Per i rapporti tra caparra confirmatoria e caparra penitenziale, si veda Cass., 14.3.1988, n. 2435, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, e Cass., 13.11.1982, n. 6047, *ivi*, 1982.

Riconoscono funzione di garanzia dell'obbligazione risarcitoria: Cass., 23.8.2007, n. 17923, *ivi*, 2007; Cass., 20.9.2004, n. 18850, in *Guida al dir.*, 2004, n. 45, 49; Cass., 29.1.2003, n. 1301, in *Mass.*

Giust. civ., 2003. In relazione ai limiti temporali, si vedano CASS., 13.2.2006, n. 3071, *ivi*, 2006, e CASS., 12.4.2006, n. 8616, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 26, 48.

2. RAPPORTI TRA RIMEDI PREVISTI IN CASO DI INADEMPIMENTO: RITENZIONE DELLA CAPARRA E RISARCIMENTO DEL DANNO. L'orientamento prevalente che sostiene il rapporto di alternatività tra i rimedi del recesso e della risoluzione è sostenuto tra gli altri da CASS., 27.2.1951, n. 494, in *Mass. Foro it.*, 1951; CASS., 29.8.1998, n. 8630, in *Corr. giur.*, 1998, 1147; CASS., 19.10.2000, n. 13828, in *Contratti*, 2001, 652; CASS., 11.5.2001, n. 319, in *Notariato*, 2001, 562; CASS., 24.1.2002, n. 849, in *Contratti*, 2002, 893; CASS., 17.7.2000, n. 9407, in *Mass. Foro it.*, 2000; CASS., 19.10.2000, n. 13828, in questa *Rivista*, 2001, I, 652.

La tesi minoritaria che afferma la cumulatività dei rimedi è adottata da CASS., 28.3.1988, n. 2613, in *Arch. civ.*, 1988, 945; e da alcune pronunce di merito tra cui *ex pluribus* APP. GENOVA, 24.11.1994, in *Giur. merito*, 1995, 949, con nota di CAVANNA, *Cumulatività degli effetti di risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria*; TRIB. MONZA, 3.11.2000, in *Giur. milanese*, 2000, 428.

L'omologazione del regime probatorio dei rimedi del recesso, risoluzione e richiesta di adempimento è avvenuta in seguito a CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, in questa *Rivista*, 2002, I, 349, con nota di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*.

3. DOMANDA DI RISOLUZIONE E DIRITTO DI RECESSO: QUALE COORDINAMENTO SUL PIANO PROCESSUALE? La possibilità della *mutatio libelli* è ammessa da CASS., 18.5.1951, in *Foro pad.*, 1951, I, 1221; CASS., 8.7.1963, n. 1832, in *Mass. Giust. civ.*, 1963; CASS., 2.12.2005, n. 26232, in *Corr. giur.*, 2006, 1099, con nota di PALMA, *L'inammissibilità dell'esercizio del recesso e del diritto a ritenere la caparra a seguito dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto*.

Alcune sentenze desumono la formulazione di una domanda implicita di recesso, tra cui: CASS., 1°3.1994, n. 2032, in *Mass. Foro it.*, 1994; e tra le pronunce di appello si ricorda APP. CAGLIARI, 30.3.1982, in *Riv. giur. sarda*, 384.

La piena ammissibilità della richiesta, anche in appello, del recesso dal contratto, in sostituzione della risoluzione e conseguente risarcimento del danno, è riconosciuta da CASS., 5.3.1986, n. 1391, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2184; CASS., 6.3.1989, n. 1231, in *Arch. civ.*, 1989, 587; CASS., 15.2.1996, n. 1160, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 64; CASS., 11.1.1999, n. 186, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Contratto in genere», n. 63; CASS., 10.2.2003, n. 1952, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1536. *Contra* si veda per tutte CASS., 2.12.2005, n.

26232, in questa *Rivista*, 2006, I, 1228, con commento di RONCHI.

IV. La dottrina

1. NATURA E FUNZIONE COMPOSITA DELLA CAPARRA CONFIRMATORIA. In dottrina sull'istituto *de quo* si vedano *ex multis*: D'AVANZO, voce «Caparra», nel *Noviss. Digesto it.*, II, Utet, 1958, 893; BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, 1963; PAROLA, *La caparra confirmatoria*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 634; MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale* (Artt. 1321-1469), nel *Commentario Utet*, IV, II, Utet, 1980, 340; ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, Giappichelli, 2002, 435; MARINI, voce «Caparra», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. *civ.*, II, Utet, 1988, 240; DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, nel *Trattato Rescigno*, 10, Utet, 1995, 420; DE LUCA, *La caparra*, in *I contratti in generale, Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di CENDON, VIII, Utet, 1999, 321; ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, II, a cura di GABRIELLI, nel *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO, Utet, 1999; GALGANO, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1993, *sub artt.* 1372-1405, 170.

La funzione della caparra è stata individuata nella tutela preventiva del credito da GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, nel *Commentario D'Amelio-Finzi*, I, *Obbligazioni*, Barbera, 1984, 544; nella prova del perfezionamento del contratto principale da TRIMARCHI, voce «Caparra (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 201; da coazione indiretta sul debitore da MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1952, 134; da parziale anticipata esecuzione del contratto da BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Utet, 1951, 89.

Sul rapporto tra diffida ad adempiere e recesso per inadempimento nell'ipotesi di previa dazione di una caparra confirmatoria si veda PALADINI, voce «Risoluzione del contratto per inadempimento», in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 13, Il Sole 24 Ore, 2008, 688. In merito al confronto con la clausola risolutiva espressa, BUSNELLI, voce «Clausola risolutiva espressa», in *Enc. del dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 196.

2. RAPPORTI TRA RIMEDI PREVISTI IN CASO DI INADEMPIMENTO: RITENZIONE DELLA CAPARRA E RISARCIMENTO DEL DANNO. In relazione alla caparra confirmatoria nel codice previgente e per l'evoluzione dell'istituto, si veda CARNELUTTI, *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, 225; BUTERA, *La caparra come limite al risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1926, I, 1,

189; DISTASO, *I contratti in generale*, nella *Giurisprudenza Bigiavi*, II, Utet, 1980, 1367; GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, 544; FERRARA, *Appunti sulla caparra*, in *Dir. e giur.*, 1957, I, 22; LOMBARDI, *La funzione della caparra secondo il nuovo codice civile*, in *Giur. it.*, 1946, IV, 47.

Per la disamina della tesi dell'alternatività dei rimedi si veda TRIMARCHI, 201; CAVICCHI, *Recesso e risoluzione nell'art. 1385 c.c.*, in *Giur. it.*, 2001, 2050; SCARDIGNO, *Sulla qualificazione giuridica della caparra confirmatoria*, in *Contratti*, 2004, 987; MICHINELLI, *La caparra confirmatoria nella risoluzione del contratto*, nota a CASS., 11.5.2001, n. 319, in *Notariato*, 2001, 562; NATALE, *Caparra confirmatoria e negozi immediatamente traslativi della proprietà*, nota a CASS., 5.5.1998, n. 4902, in *Contratti*, 1999, 9; BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, 1963.

La tesi invece che sostiene la complementarietà e dunque la cumulatività dei rimedi è supportata da PALMA, *Rapporti tra caparra confirmatoria e integrale risarcimento del danno*, in *Contratti*, 2002, 1021; GIAMMARINO, *Ritenzione della caparra confirmatoria e domanda di risarcimento danni secondo le regole generali*, *ivi*, 2006, 124; ANGIONI, *Questioni varie in tema di responsabilità per inadempimento e caparra confirmatoria*, nota a TRIB. CAGLIARI, 9.3.1989, in *Riv. giur. sarda*, 1992, 373.

Propongono invece un'interessante tesi intermedia basata sul rapporto di alternatività tra i soli rime-

di risarcitori COLASANTI-COREA, in *Caparra confirmatoria e inadempimento fra rimedi generali e speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 524.

3. DOMANDA DI RISOLUZIONE E DIRITTO DI RECESSO: QUALE COORDINAMENTO SUL PIANO PROCESSUALE? Sulle regole processuali nel rapporto tra domanda di adempimento e domanda di risoluzione, PALADINI, 685.

È opportuno segnalare che certa dottrina ha riconosciuto la formulazione di una domanda implicita di recesso anche in mancanza di una formale istanza, al proposito si richiama: DI FORTUNATO, *Brevi considerazioni in tema di risoluzione del contratto per inadempimento e caparra confirmatoria*, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 75 e BORRELLO, *Caparra confirmatoria e inadempimento*, in *Contratti*, 2001, 654.

La modifica della domanda in appello è sostenuta da TIMPANO, *Caparra confirmatoria e tutela del contraente non inadempiente*, *ivi*, 2002, 895; SCARDIGNO, 987. La *mutatio libelli* in grado di appello è invece ammessa da DELLA CASA, *Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione*, in questa *Rivista*, 2004, I, 690; FERRARIS, *Domanda nuova in appello: l'istanza di risoluzione non è preclusiva di quella di recesso*, *ivi*, 1996, I, 661; MICHINELLI, *La caparra confirmatoria nella risoluzione del contratto*, in *Notariato*, 2001, 562.

IVAN LIBERO NOCERA

► CASS. CIV., sez. un., 29.8.2008, n. 21934
Conferma Giud. Pace Napoli, 31.3.2005

DANNI CIVILI - DANNO NON PATRIMONIALE - DANNO ESISTENZIALE - LIQUIDAZIONE EQUITATIVA (d. legis. 25.1.1992, n. 74; cod. civ., artt. 2043, 2059; cod. proc. civ., art. 113)

In tema di giudizio di equità, il ricorrente deve con chiarezza indicare specificamente quale sia il principio informatore della materia violato e come la regola equitativa individuata dal giudice di pace si ponga in contrasto con esso, trattandosi di principi che – non essendo oggettivizzati in norme – devono essere prima individuati da chi ne lamenta la violazione e soltanto succes-

sivamente verificati dal giudice di legittimità, prima nella loro esistenza e quindi nella loro eventuale violazione.
(massima non ufficiale)

[MASSIMA UFFICIALE: Nelle pronunce secondo equità, il g.d.p. è tenuto ad osservare i principi informatori della materia, vale a dire quei principi ai quali il legislatore si ispira nel porre una determinata regola. Il g.d.p. non deve osservare una regola equitativa tratta dalla disciplina dettata in concreto, ma deve solo curare che essa non contrasti con i principi cui si è ispirato il legislatore medesimo nel dettare una determinata disciplina; il rispetto dei principi informatori non vincola, perciò, il g.d.p. all'osservan-